

# Der Immunitätsausweis und der Weg zurück in ein freiheitliches Leben

---

Anika Klafki

2020-05-04T20:53:06

Das Bundesgesundheitsministerium hat einen umfassenden [Entwurf eines Zweiten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite](#) als Formulierungshilfe für die Regierungsfractionen vorgelegt, um einen Gesetzesentwurf aus der Mitte des Deutschen Bundestages einzubringen. Das über 100-Seiten starke Papier hält eine ganze Bandbreite von gesetzlichen Anpassungen von 18 Gesetzen bereit. Im Zentrum medialer Aufmerksamkeit steht die Immunitätsdokumentation nach § 22 E-IfSG und die daran anknüpfenden Rechtsfolgen, die hier näher untersucht werden sollen.

Seit Mitte März gelten in Deutschland infolge der Corona-Pandemie für die Allgemeinheit die einschneidendsten Grundrechtsbeschränkungen seit Bestehen der Bundesrepublik. Während die Schutzmaßnahmen anfangs auf breite Akzeptanz in der Bevölkerung stießen, bröckelt die gesellschaftliche Zustimmung, je länger die Beschränkungen fort dauern. Die Diskussion um die Angemessenheit der Maßnahmen wird mit jedem Tag kontroverser, obwohl das von COVID-19 ausgehende Risiko gleichbleibend hoch ist. Der Druck auf die politischen Entscheidungsträger wächst. Einerseits sehnen sich viele danach, in die „Normalität“ zurückzukehren. Andererseits gilt es nach wie vor, einen Zusammenbruch des Gesundheitssystems zu verhindern. Das Gesundheitsministerium versucht mit einem neuen Relationsinstrument, den Spagat zwischen Infektions- und Grundrechtsschutz zu bewältigen. Corona-Schutzmaßnahmen sollen in Zukunft nicht mehr für all jene gelten, die eine Immunität nach § 22 E-IfSG dokumentieren können.

Regelungen, nach denen die Kosten für symptomunabhängige COVID-19-Testungen von den gesetzlichen Krankenkassen übernommen werden sollen (§ 20i Abs. 3 E-SGB-V), umrahmen diese Rechtsinnovation. Die Entscheidung, welche Tests genau und in welchem Umfang durchgeführt und bezahlt werden sollen, ist einer Rechtsverordnung des Bundesgesundheitsministeriums nach Anhörung des Spitzenverbandes der Krankenkassen ohne Zustimmung des Bundesrates vorbehalten.

## Corona-Schutzmaßnahmen nur noch gegenüber „Nicht-Immunen“?

Nach dem neuen § 22 IfSG-E soll die Immunität einer Person gegen eine bestimmte übertragbare Krankheit nach Ermessen des Arztes im Impfausweis dokumentiert werden können. So weit so unspektakulär. Auch ohne diese Vorschrift werden etwa Schwangere und Frauen mit Kinderwunsch regelmäßig auf Immunität gegen

den Windpockenerreger getestet und der Immunitätsstatus entweder in Form des Laborberichts oder im Impfausweis dokumentiert.

Viel interessanter sind die Rechtsfolgen, die laut dem Gesetzesentwurf an diese Immunitätsdokumentation anknüpfen sollen. Schon jetzt können Arbeitgeber bestimmter in [§ 23 Abs. 3 IfSG](#) aufgelisteter medizinischer Einrichtungen (Krankenhäuser, Arztpraxen, Rehabilitationseinrichtungen etc.) die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses gem. [§ 23a IfSG](#) davon abhängig machen, ob ein Impfschutz oder natürlicher Immunschutz besteht, um die Verbreitung von Krankheitserregern zu vermeiden. Bislang galt das aber nur im Hinblick auf Krankheiten, für die eine Schutzimpfung vorhanden ist. Durch die geplante Änderung könnten medizinische Arbeitgeber nun Immunitätsdokumentationen für sämtliche Infektionskrankheiten in ihre Einstellungsentscheidung miteinbeziehen, sofern dies dem Infektionsschutz dient. Denkbar wäre dann etwa, für Intensivstationen nur noch Personen mit nachgewiesener COVID-19-Immunität einzustellen.

Doch nicht nur für die Jobchancen medizinischen Personals soll die Immunitätsdokumentation nach Vorstellung des Bundesgesundheitsministeriums Relevanz entfalten. Vielmehr sollen in Zukunft alle Personen gem. § 28 S. 4 IfSG-E ganz oder teilweise von Schutzmaßnahmen ausgenommen werden, wenn sie über eine Impf- oder Immunitätsdokumentation oder einen sonstigen Nachweis ihrer Immunität im Hinblick auf eine bestimmte übertragbare Krankheit verfügen, die zur Verhütung dieser Krankheit erlassen wurden, sofern dies den Zweck der Maßnahme nicht gefährdet. Wenn die Schutzmaßnahmen durch Rechtsverordnungen oder Allgemeinverfügung getroffen wurden, sollen allgemeingültige Ausnahmebestimmungen für Personen mit Impfschutz oder nachgewiesener Immunität gem. § 28 S. 5 IfSG-E vorgesehen werden.

Für die gegenwärtigen COVID-19-Maßnahmen hieße das: Alle, die über die Immunitätsdokumentation verfügen, könnten auf Anordnung der zuständigen Behörden wieder in ein normales Leben mit nahezu allen Freiheiten zurückkehren, während die restliche Bevölkerung weiterhin auf unbestimmte Dauer weitgehende Grundrechtseinschränkungen ohne hinreichend bestimmte gesetzliche Ermächtigungsgrundlage nach Ermessen der zuständigen Landesbehörden hinnehmen müsste (krit. zur mangelnden Bestimmtheit der derzeitigen Maßnahmen schon [Kießling](#), [Edenharter](#), [Klafki](#), jüngst auch [Papier](#)). Gaststätteninhaber mit immunem Personal könnte erlaubt werden, ihre Betriebe wieder ohne Einschränkungen für immune Gäste zu öffnen, immune Menschen könnten wieder Massenveranstaltungen wie Fußballspiele und Theatervorstellungen besuchen oder sich an öffentlichen Orten in großen Gruppen versammeln.

## Wer ist überhaupt gegen COVID-19 immun?

Noch handelt es sich bei den vorgeschlagenen Regelungen rund um die Immunitätsdokumentation im Hinblick auf die COVID-19-Schutzmaßnahmen jedoch nach Aussage von *Jens Spahn* nur um eine „[vorsorgliche Regelung](#)“. Denn gegenwärtig ist weder die Sensitivität und Spezifität der verfügbaren Antikörpertests hinreichend abgesichert, noch liegen gesicherte Erkenntnisse dazu vor, ob und

wie lange Personen mit Antikörpern überhaupt gegen eine erneute Infektion mit dem Coronavirus immun sind. Die Weltgesundheitsorganisation hat daher in einem [„Scientific Brief“ vom 24. April 2020](#) ausdrücklich davon abgeraten, die Schutzmaßnahmen gegen COVID-19 von einem „Immunitätspass“ abhängig zu machen. Wenn aber wissenschaftliche Beweise für die Immunität von Personen gegen COVID-19-Sekundärinfektionen vorlägen, so könnten auf Grundlage der Neuregelungen die im Gesetzesentwurf vorgezeichneten Differenzierungen unmittelbar zur Anwendung gebracht werden. Die Immunitätstests müssten dann natürlich – im Rahmen einer Verordnung des Bundesgesundheitsministeriums nach § 22i E-SGB V – für die Bevölkerung verfügbar gemacht werden.

## Rechtspolitische Bedenken

Jenseits der epidemiologischen Fragen stößt der Immunitätspass auf gewichtige rechtspolitische Bedenken: Wenn grundlegende Freiheiten – wie etwa die Berufsausübung als ökonomische Grundlage sonstiger Freiheitsbetätigung – von der Immunität gegen COVID-19 abhängen, dann besteht für viele Bevölkerungsgruppen, insbesondere für diejenigen, die durch in der Krise existenzbedrohliche Einbußen erleben, ein hoher Anreiz, die Immunität durch eine gezielte Infektion mit der Seuche selbst herbeizuführen. Coronaparties beizuwohnen, erscheint dann – zumindest für diejenigen, die keiner Risikogruppe angehören – geradezu vernünftig. Diese Anreizwirkung steht dem Ziel, die Krankheitsverbreitung zu vermeiden, diametral entgegen (so auch schon die [Gesundheitssenatorin Berlins Dilek Kalayci](#), kritisch auch [Ludwig/Muth, Süddeutsche](#)).

Auch muss man sich fragen, ob und inwieweit die Wettbewerbsverzerrungen, die durch eine Unterscheidung von Immunen und Nichtimmunen eintreten, langfristig hinnehmbar sind. Wäre es etwa angemessen, Schulen nur für immune Kinder zu öffnen, bis ein Impfstoff zur Verfügung steht (was völlig ungewiss ist)? Ist es hinnehmbar, dass Selbstständige, die keine Immunität nachweisen können, in die Insolvenz getrieben werden, während immune Konkurrenten von dem Kundenzuwachs profitieren, der dadurch eintritt? Angesichts dieser und weitergehender Fragen hat das Gesundheitsministerium den Deutschen Ethikrat mit einer Stellungnahme zum geplanten Corona-Immunitätsausweis beauftragt, die noch aussteht.

## Lassen sich Immunitäten verfassungsrechtlich überhaupt ignorieren?

Trotz aller berechtigten Bedenken gegen die Immunitätsdokumentation und daran anknüpfende infektionsschutzrechtliche Differenzierungen ist es im Hinblick auf die COVID-19-Bekämpfungsmaßnahmen nach § 28 Abs. 1 S. 1 und 2 IfSG verfassungsrechtlich nicht vertretbar, nachweisbare Immunitäten zu ignorieren. Wenn eine Person an einer Infektionskrankheit nachweislich weder erkranken noch sie weiterverbreiten kann, dann sind Schutzmaßnahmen, die sich gegen sie richten, schon gar nicht geeignet, die Weiterverbreitung der Krankheit zu

verhüten. Allenfalls generalpräventive Erwägungen, andere von absichtsvollen Infektionen abzuhalten, kämen noch als Rechtfertigung für infektionsschutzrechtliche Freiheitsbeschränkungen der immunen Personen in Betracht.

Grundrechtliche Freiheiten können jedoch nicht auf Grund von Risiken, die von möglichem Fehlverhalten anderer ausgehen, in dem Maße beschränkt werden, wie wir es derzeit erleben. Um die Ungleichgewichte, die durch die Differenzierung zwischen immunen und nicht-immunen Personen entstehen, zu entschärfen, muss zunächst erwogen werden, wie der Freiheitsgebrauch auch für die nicht-immunen Teile der Bevölkerung in vertretbarem Maße gewährleistet werden kann. Generalpräventive freiheitsbeschränkende Maßnahmen gegen Personen, von denen erwiesenermaßen keine infektionsschutzrechtlichen Gefahren ausgehen, kommen nur als *ultima ratio* in eng begrenzten Ausnahmefällen in Betracht. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass § 28 Abs. 1 IfSG grundsätzlich Maßnahmen gegenüber Nichtstörern zulässt. Denn anders als bei sonstigen infektionsschutzrechtlichen Nichtstörern, bei denen zwar kein Krankheits- oder Ansteckungsverdacht i.S.d. § 2 Nr. 5 und 7 IfSG vorliegt, die aber gleichwohl vom allgemeinen Erkrankungsrisiko betroffen sind, besteht bei nachweislich immunen Personen die infektionsschutzrechtliche Gewissheit, dass gegen sie gerichtete Bekämpfungsmaßnahmen keinen unmittelbaren Nutzen für die Bekämpfung der Infektionsgefahr haben.

## **Plädoyer für einen mutigen parlamentarischen Diskurs**

Auch wenn nachweisliche Immunitäten bei grundrechtssensiblen infektionsschutzrechtlichen Bekämpfungsmaßnahmen Berücksichtigung finden müssen, sind die derzeit geplanten infektionsschutzrechtlichen Änderungen in der vorgeschlagenen Form keinesfalls zwingend.

Kritikwürdig ist zunächst, dass die Regelungen zur Immunitätsdokumentation nicht speziell für COVID-19, sondern ganz allgemein und unbefristet für sämtliche Infektionskrankheiten gelten sollen. Es wäre dann also auch nach der Pandemie zulässig, Personen ohne Impfung oder Immunität gegen Infektionskrankheiten zum Zwecke des Infektionsschutzes zu benachteiligen. Das würde einerseits die freie Impfentscheidung beeinträchtigen, andererseits erheblichen Druck erzeugen, persönliche Gesundheitsdaten preiszugeben, ohne dass der Gesetzesentwurf ermessensbegrenzende Voraussetzungen im Hinblick auf Art und Schwere der einbezogenen Infektionskrankheiten schafft. Eine solche grundlegende Gesetzesänderung bedürfte einer intensiveren Vorbereitung und Debatte als es aktuell im Rahmen der Corona-Pandemie möglich ist. Zeitlich auf die im Moment bestehende epidemische Lage von nationaler Tragweite befristete und auf die Dokumentation von COVID-19-Immunitäten begrenzte Regelungen wären daher angemessener.

Gegen die Immunitätsdokumentation im Impfpass spricht zudem, dass eine solche Verschriftlichung in einem portablen Dokument auch bei Privaten Begehrlichkeiten

wecken könnte: So könnten Supermarktbetreiber – entgegen Art. 9 DSGVO – auf die Idee kommen, in Zukunft nur noch Personen mit Immunitätsdokumentation in ihre Geschäfte zu lassen. Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit empfiehlt daher eine [Ergänzung des Gesetzes, wonach Auskunft und Vorlage des Impf- und Immunpasses nur in gesetzlich vorgesehen Fällen zulässig ist](#). Auch im Hinblick auf Ausnahmen gegenüber staatlichen COVID-19-Maßnahmen ist zweifelhaft, ob der Impfpass der geeignete Dokumentationsort ist. Um Ausnahmen von infektionsschutzrechtlichen Bekämpfungsmaßnahmen zuzulassen, ist es nicht notwendig, die gesamten Impf- und Immunitätsdaten, offenzulegen. Viel datensparender wäre eine Dokumentation auf einem gesonderten Papier, so wie es im Moment auch im Hinblick auf sonstige Immunitätstests (etwa für Schwangere) gehandhabt wird.

Auch der in der Neuregelung vorgesehene Zugriff von medizinischen Arbeitgebern auf die Immunitätsdokumentation ist zu offen formuliert. Hier wäre es unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten notwendig, die einbezogenen Infektionskrankheiten viel enger zu begrenzen – etwa durch eine „insbesondere“ Aufzählung–.

Schließlich muten die vorgeschlagenen Ergänzungen in § 28 Abs. 1 S. 4 und 5 E-IfSG – regelungstechnisch betrachtet – kurios an. Dass eine nachgewiesene Immunität gegen eine Infektionskrankheit bei dem Erlass von Corona-Maßnahmen berücksichtigt werden muss, folgt – wie gesehen – bereits aus dem rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip. Auch die Formulierung des § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG „notwendigen Schutzmaßnahmen [...], soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist“ legt eine Berücksichtigung des Immunitätsstatus der betroffenen Personen nahe. § 28 Abs. 1 S. 4 E-IfSG ist daher im Grunde genommen überflüssig. Auch die vorgeschlagene obrigkeitsstaatliche Formulierung des S. 5 ist wenig geglückt. Darin heißt es:

„Soweit von individualbezogenen Maßnahmen abgesehen werden soll oder Ausnahmen allgemein vorgesehen werden, hat die betroffene Person durch eine Impf- oder Immunitätsdokumentation nach § 22 E-IfSG oder ein ärztliches Zeugnis nachzuweisen, dass sie die bestimmte übertragbare Krankheit nicht oder nicht mehr übertragen kann.“

Gemeint ist wohl, dass Personen, die nachweisen können, dass sie durch Impfung oder auf sonstige Weise gegen eine Erkrankung immun sind, Ausnahmen von gegen diese Infektionskrankheit gerichtete Schutzmaßnahmen verlangen können. Der derzeitige Wortlaut ermächtigt dagegen ohne ersichtlichen Grund dazu, von infektionsschutzrechtlich Betroffenen auch gegen deren Willen zu verlangen, ihre Immunität nachzuweisen. Insbesondere im Hinblick auf stigmatisierende Infektionskrankheiten (etwa Geschlechtskrankheiten) aber auch sonst wäre das ein Übergreif in die Informationsfreiheit der Betroffenen, der vom Regelungsziel nicht gedeckt ist.

Es bleibt zu hoffen, dass die Parlamentarier mutig genug sein werden, den Gesetzesentwurf, sofern er in dieser Form eingebracht wird, kritisch zu reflektieren und in gebotenum Maße zu diskutieren. Eine Krise ist zwar grundsätzlich nicht

die Zeit für langwierige Plenardebatten, andererseits gibt es derzeit ohnehin noch keine naturwissenschaftlich gesicherten Erkenntnisse zur COVID-19-Immunität. Es besteht also kein Anlass, im Hinblick auf die Immundokumentation und die daran anknüpfenden Normen vorschnell aus der Hüfte zu schießen.

---

